

правовых системах. Поэтому, выработка общего понятия правового обычая как источника права, является задачей науки общей теории государства и права.

На мой взгляд, не следует упускать и недооценивать должным образом значительную роль правового обычая с точки зрения его положения в иерархии форм права, эффективности и перспектив использования в различных сферах правового регулирования.

Возникновение крупных государственных образований централизованной власти, процесс замены правовых обычаев законами и другими нормативно-правовыми актами ускорился. Изменения общества и государства привели к тому, что правовой обычай был вытеснен законами. Поэтому правовой обычай стал второстепенным источником права. Однако, существуют наглядные примеры, которые свидетельствуют о том, что обычаи торгового мореплавания, обычаи портов, международно-правовые обычаи действуют и в масштабе крупных регионов, и в масштабе страны.

Правовой обычай остается важнейшим источником права прошлого и настоящего времени. Оптимальный механизм реализации и формализации санкционирования правовых обычаев в законодательстве следует учитывать при реформировании и построении правового государства России.

ВЛИЯНИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА НА ДИССИПАТИВНЫЕ СТРУКТУРЫ И ЯВЛЕНИЯ САМООРГАНИЗАЦИИ НАЦИОНАЛЬНЫХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМ

*Швакин С.В., заместитель руководителя
Центра международно-правовых исследований
Евразийского научно-исследовательского
института проблем права (ЕврАзНИИПП),
научный сотрудник, адвокат АП г. Москвы*

Современный мир характеризуется постепенным увеличением влияния международного права на национальные правовые системы, несмотря на то, что различными государствами вопрос о реализации норм международного права во внутринациональном правопорядке решается неодинаково: от признания возможности применения лишь только некоторых из них при соблюдении ряда условий, до установления полного их примата над внутрисубъектным законодательством. Неуклонно расширяются пределы и пространственно-субъектная сфера действия международного права, некоторые исследователи даже отмечают, что «человечество стоит на пороге создания новой модели права – мировой глобальной правовой системы»⁷⁴, иными словами, «формируется единое правовое пространство в

⁷⁴ Щербакова Н.В., Лукьянова Е.Г., Скурко Е.В. Правовая система России в условиях глобализации и региональной интеграции: Обзор материалов «круглого стола» // Государство и право. 2004. - № 12. - С. 86.

глобальном масштабе»⁷⁵. Такой процесс мондиализации или универсализации права обуславливается, прежде всего, тем, что «системные функциональные связи, имеющиеся на международном уровне, объединяют в системные целостности правовые феномены разных государств, их правовые системы и отдельные элементы»⁷⁶. В результате такого взаимодействия происходит не только межсистемный информационный обмен, но также изменяется качество и количество системных элементов, принципам, обеспечивается гомеостазис правовых систем, иными словами сохраняется равновесное состояние, характеризующее их устойчивость и стабильность. В литературе посвящённой системным исследованиям указывается, что «взаимодействие выступает как пульсирующая, динамическая система изменяющихся отношений между взаимосвязанными системами» и что «любая система является, по существу, комплексом взаимодействий, т.е. она взаимодействует с другими системами множеством своих свойств, граней, сторон»⁷⁷. Такого рода процессы требуют именно системного изучения, поскольку только «Системный подход к исследованию сложных динамических целостностей позволяет обнаружить внутренний механизм не только действия отдельных его компонентов, но их взаимодействия на различных уровнях. Тем самым открывается возможность обнаружения субстанционально-содержательной и организационной «многослойности» систем, глубокой диалектической связи и взаимозависимости субстанционально-содержательных частей, структур и функционирования явлений бытия как сложных целостных организмов»⁷⁸.

С точки зрения синергетики⁷⁹ современное международное право, обеспечивая взаимодействие национальных правовых систем, представляет собой поле, т.е. пространственно-временную неравномерность распределения управляющего параметра⁸⁰, который привносит отрицательную энтропию в национальные правовые системы. При этом международная правовая система, являясь внешней средой по отношению к национальным правовым системам, оказывает прямое воздействие на их внутреннюю структуру, в результате чего эта структура постоянно

⁷⁵ Всероссийская научно-практическая конференция. Нижегородский юридический институт, сентябрь 1995 г.: Российская правовая система и международное право: современные проблемы взаимодействия // Государство и право.-1996. - № 3. – С. 25.

⁷⁶ Особенности правовой системы Российской Федерации: вопросы теории: монография / В.А. Агафонов; отв. ред. И.А. Иванников, Ростов н/Д, 2007. – С. 47.

⁷⁷ Аверьянов А.Н. Системное познание мира. Методологические проблемы. – М.: Политиздат. 1985. – С. 123.

⁷⁸ Керимов Д.А. Методология права: Предмет, функции, проблемы философии права. / 5-е изд. – М.: Изд-во СГУ, 2009. – С. 226.

⁷⁹ Синергетика (от греч. *synergeia* — сотрудничество, содействие, соучастие) – междисциплинарное направление научных исследований, в рамках которого изучаются общие закономерности процессов перехода от хаоса к порядку и обратно (процессов самоорганизации и самопроизвольной дезорганизации) в открытых нелинейных системах физической, химической, биологической, экологической, социальной и др. природы (Философия: Энциклопедический словарь. — М.: Гардарики. Под ред. А.А. Ивина. 2004).

⁸⁰ Управляющий параметр – это такой параметр (элемент) системы, который позволяет управлять всей системой или отдельными её элементами.

изменяется, адаптируется⁸¹. В ходе этого процесса «взаимодействие системы с внешним миром, её погружение в неравновесные условия может стать исходным пунктом в формировании новых динамических состояний – *диссипативных структур*»⁸² (от франц. dissipation - рассеяние, растрата). Диссипативные структуры представляют собой результат развития внутренних неустойчивостей открытой системы в результате процессов самоорганизации, бифуркации, флуктуации или кризиса системы. Такого рода процессы могут развиваться как в сторону увеличения интенсивности диссипации, так и в сторону её снижения. В первом случае это приводит к увеличению энтропии и росту числа новых элементов системы. Здесь необходимо заметить, что если между новыми элементами в результате флуктуации не успевают образовываться связи, то энтропия возрастает, и структура системы становится неустойчивой. Во втором случае, если интенсивность диссипации снижается, то любые флуктуации затухают и система по своим свойствам приближается к закрытой равновесной системе.

Примером процесса образования диссипативной структуры в российской правовой системе может послужить ситуация связанная с возможностью назначения наказания в виде смертной казни. Моментом начала образования такой структуры является 7 мая 1992 года, года Россия направила Заявку на вступление в Совет Европы, в которой выразила намерение «подписать в течение одного года и ратифицировать не позднее чем через три года после вступления в Совет Европы Протокол № 6 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, касающийся отмены смертной казни в мирное время, и установить со дня вступления в Совет Европы мораторий на исполнение смертных приговоров». Учитывая взятые на себя Российской Федерацией обязательства, Парламентская Ассамблея Совета Европы рекомендовала Комитету Министров Совета Европы пригласить Россию стать членом Совета Европы (подпункт «ii» пункта 10 Заключения Парламентской Ассамблеи Совета Европы от 25 января 1996 года № 193 по заявке России на вступление в Совет Европы⁸³).

Однако уже после того, как Российская Федерация была принята в Совет Европы и подписала Протокол № 6, российские суды продолжали выносить смертные приговоры. Более того, в п. 20 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 января 1999 г. № 1 было прямо указано, что «смертная казнь как исключительная мера наказания может применяться за совершение особо тяжкого преступления, посягающего на жизнь». Таким образом, дату 23 февраля 1996 года⁸⁴ можно назвать началом процесса

⁸¹ Такой процесс адаптации к внешней среде в целом характерен для всех открытых систем, к числу которых относятся и национальные правовые системы.

⁸² Пригожин И., Стенгерс И. Порядок из хаоса: Новый диалог человека с природой: Пер. с англ. / Общ. ред. В.И. Аршинова, Ю.Л. Климонтовича и Ю.В. Сачкова. – М.: Прогресс, 1986. – С. 198.

⁸³ <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta96/eopi193.htm#1>

⁸⁴ Дата принятия Российской Федерацией приглашения Комитета Министров Совета Европы (96) 2, оформленного Федеральными законами от 23 февраля 1996 года № 19-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к Уставу Совета Европы» и от 23 февраля 1996 года № 20-ФЗ «О присоединении Российской

*флуктуации*⁸⁵, когда появилась внутренняя неустойчивость в системе правоприменительной практики, связанная с динамическим аспектом российской правовой системы, которая требовала устранения внутренних системных противоречий в процессе развития правовой системы

Принципиально можно выделить два механизма развития системы: *адаптационный*, когда различные состояния системы стремятся обеспечить её устойчивость при изменениях внешней среды, и *бифуркационный* – резкое изменение организационной структуры системы (качественный скачок). Оба этих механизма определяют, в том числе, ход эволюционного развития системы, а также процессы её самоорганизации.

Точкой бифуркации, которая послужила толчком к саморазвитию российской правовой системы и прекращению образования рассматриваемой диссипативной структуры, стало, с одной стороны, обращение Верховного Суда РФ в Конституционный Суд РФ с ходатайством о разъяснении Постановления Конституционного Суда РФ от 2 февраля 1999 года № 3-П, связанным с возможностью назначения наказания в виде смертной казни после введения судов с участием присяжных заседателей на всей территории Российской Федерации (т.е. после 1 января 2010 года), а с другой стороны, вынесение Конституционным судом РФ определения от 19.11.2009 № 1344-О-Р.

Конституционный суд указал, что в международном нормотворчестве существует устойчивая тенденция к отмене смертной казни (Протокол № 6 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод относительно отмены смертной казни; Второй факультативный протокол к Международному пакту о гражданских и политических правах, направленный на отмену смертной казни; Протокол к Американской конвенции о правах человека об отмене смертной казни) вплоть до полного и безусловного её запрета, предусмотренного вступившим в силу в 2003 году Протоколом № 13 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Свидетельством этой общемировой тенденции служат также принятые Генеральной Ассамблеей ООН резолюции 62/149 от 18 декабря 2007 года и 63/168 от 18 декабря 2008 года, призывающие государства-члены ООН ограничивать применение смертной казни и сокращать число преступлений, за совершение которых она может назначаться, а также ввести мораторий на приведение смертных приговоров в исполнение.

Российская Федерация связана требованием статьи 18 Венской конвенции о праве международных договоров не предпринимать действий, которые лишили бы подписанный ею Протокол № 6 его объекта и цели, до тех пор, пока она официально не выразит свое намерение не быть его участником. В связи с тем, что основным обязательством по Протоколу № 6 является полная отмена смертной казни, включая изъятие из

Федерации к Генеральному соглашению о привилегиях и иммунитетах Совета Европы и протоколам к нему».

⁸⁵ Флуктуация (от лат. fluctuatio - колебание) – означает любое отклонение от средних параметров или периодическое изменение.

законодательства данного вида наказания за все преступления, за исключением «действий, совершенных во время войны или при неизбежной угрозе войны», и отказ от его применения за тем же исключением, в России наказание в виде смертной казни не должно ни назначаться, ни исполняться. Соблюдение этих условий имеет для Российской Федерации существенное политико-правовое значение, поскольку после присоединения к уставным документам Совета Европы, Российская Федерация подтвердила свои заверения и обязательства, на условиях исполнения которых состоялось её приглашение в Совет Европы.

Таким образом, международное право, проявив себя как управляющий параметр (поле) в международно-правовой системе (внешняя среда), в соответствии с законами синергетики, привнесло отрицательную энтропию (негэнтропию) в процесс развития диссипативной структуры в российской правовой системе, связанный с возможностью назначения наказания в виде смертной казни.

В то же время результат воздействия международного права в качестве управляющего параметра полностью зависит от того, какая доктрина принимается во внимание государственными органами в процессе разработки и принятия законодательных актов, регулирующих порядок применения норм международного права в пределах внутринациональной юрисдикции, даже, несмотря на то, что государства, являясь суверенными субъектами международного права, официально не связывают себя какой-либо теорией.

Традиционно различают две концепции взаимодействия международного и национального (внутринационального) права: монистическую и дуалистическую. В соответствии с концепцией монизма внутреннее право и международное право входят в единую правовую систему и выступают в качестве отдельных элементов одного правопорядка основанного на общем базисе. По этому поводу В. Леви отмечал: «Монисты утверждают, что концептуально право одно для всех правовых систем. Все право, в конце концов, адресует себя индивидам. А все отношения, в конечном итоге, являются отношениями между индивидами, не считая социальных сущностей, в которые эти индивиды могут быть организованы»⁸⁶.

Дуалистическая концепция исходит из того, что международное и внутригосударственное право имеют различный предмет регулирования и, являясь элементами самостоятельных правопорядков, никогда не пересекаются. Так Я. Броунли указывал, что с точки зрения дуализма «международное право – это право между суверенными государствами; внутригосударственное право применяется в пределах государства и регулирует отношения граждан друг с другом и с исполнительной властью. С

⁸⁶ Lewi W. Contemporary International Law. A Concise Introduction. Second Edition. – Westview Press, 1991. – P. 23.

этой точки зрения ни один из этих правопорядков не может создавать или изменять нормы другого»⁸⁷.

Обе концепции, монистическая и дуалистическая, внутренне не однородны. Так монистическая концепция распадается на два направления: монизм с приоритетом международного права (международно-правовой монизм) и монизм с приоритетом внутригосударственного права (государственно-правовой монизм).

К сторонниками первого направления (международно-правовой монизм) относится, например, Г. Кельзен, который писал, что «Государства действительно компетентны под влиянием общего международного права регулировать в принципе все вопросы, которые могут быть урегулированы в ограниченном порядке в их территориальной сфере; но они сохраняют эту компетенцию только в той степени, в которой международное право непосредственно не регулирует существо отдельного вопроса»⁸⁸. Иными словами, внутригосударственное право и международное право представляют собой единую систему норм, основанную на иерархии правопорядков, юридическая сила которой определяется базовой нормой международного права, т.е. национальный правопорядок подчинен более высокому – международному. В итоге, как отмечает Г.И. Курдюков, такая разновидность монизма «ведет к мондиализму и образования мирового права»⁸⁹.

Взгляды сторонников второго направления монизма (государственно-правового) основываются на работах Г. Гегеля, который указывал, что «Внешнее государственное право происходит из взаимоотношений самостоятельных государств; поэтому то, что есть в нём в себе и для себя, получает форму долженствования, потому что его действительность зависит от различных суверенных волей»⁹⁰, т.е. механизм реализации международных норм при этом полностью зависит от усмотрения государства. В современной доктрине международного права эта концепция не пользуется популярностью.

Дуалистическую концепцию можно также разделить два направления – *ортодоксальный дуализм* и *умеренный дуализм*. Основоположителем ортодоксального дуализма (т.е. дуалистической теории в целом) является Г. Трипель, по его мнению, «Международное и внутригосударственное право – суть не только различные отрасли права, но и различные правопорядки. Это два круга, которые тесно соприкасаются, но никогда не пересекаются»⁹¹.

В отличие от ортодоксального дуализма, умеренный дуализм допускает, что оба правопорядка (международный и внутригосударственный) могут отсылать друг к другу. Кроме того, утверждается, что международное право может связывать национальные правопорядки. Например, по мнению

⁸⁷ Brownlie I. Principles of Public International Law. Seventh Edition. – Oxford University Press, 2008. – P. 31-32.

⁸⁸ Kelsen H. Principles of International Law. – The Lawbook Exchange, Ltd., 2003. – P. 242.

⁸⁹ Методология исследования теоретических проблем международного права / Курдюков Г.И., Лихачев В.Н., Мингазов Л.Х., Пашаева М.Ш., и др. – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1986. – С. 32.

⁹⁰ Гегель Г.В.Ф. Философия права. М., 2007. – С. 425-426.

⁹¹ Triepel H. Droit international et droit interne. – A. Pedone, 1920. – P.110.

Ч. Хайда «международное и внутригосударственное право – это различные правовые системы, но они тесно между собой связаны: их нормы могут регулировать одни и те же предметы, дополнять друг друга и коллидировать между собой»⁹². Теория умеренного дуализма, закрепляет дуализм права с приоритетом международного права и основана на постулате Д. Анцилотти о том, что «международное право «имеет в своём основании принцип, которому подчинена воля государства»⁹³.

Умеренное направление также можно выделить и в рамках монизма. Например, А. Фердрос называет свою теорию «умеренным монизмом на основе примата международного права», он указывает, что «...Правовой действительности может соответствовать лишь такая теория, которая хотя и признаёт, что между правом международным и внутригосударственным правом возможны конфликты, но всё же сознаёт, что эти конфликты не окончательны по своей природе и находят своё решение в единстве правовой системы. Эту теорию я называю умеренным или расчленённым, монизмом на основе примата международного права, поскольку данная теория сохраняет различие права международного и внутригосударственного права, но в то же время подчёркивает их взаимосвязь в единой правовой системе на основе конституции международного правового сообщества»⁹⁴.

Обе концепции (монизм и дуализм) критиковались представителями *теории координации*. Так Дж. Фицморис утверждал, что «формально международное и внутреннее право как системы не могут вступить в конфликт. Может иметь место нечто совершенно иное, что можно назвать конфликтом обязательств или неспособностью государства действовать во внутреннем плане так, как это предписывается международным правом»⁹⁵.

Сегодня многие сторонники рассмотренных концепций сходятся в том, что национальное и международное право, представляя собой различные правопорядки, находятся в постоянном взаимодействии, «происходит углубление взаимодействия двух правовых систем, а не стирание границы между ними»⁹⁶.

Указанное обстоятельство в свою очередь определяет сущность и специфику процесса международного взаимодействия национальных правовых систем. Именно международное право, находясь в процессе взаимодействия с внутринациональным правом, способствует взаимопроникновению элементов национальных правовых систем, а также напрямую воздействует на процесс их взаимного сближения и образования взаимосвязей, обеспечивает структурную устойчивость и способность правовой системы обмениваться информацией с внешней средой.

⁹² Международное право, его понимание и применение Соединёнными Штатами Америки / Хайд Ч. : т.1. – М.: Иностр. лит., 1950. – С. 77-78.

⁹³ Курс международного права / Анцилотти Д. – М.: Иностр. лит., 1961. – С. 31.

⁹⁴ Международное право / Фердрос А. – М.: Иностр. лит., 1959. – С. 89-91.

⁹⁵ Fitzmaurice J. The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law // 92 RdC (1957-II) 5. – P. 79.

⁹⁶ Лукашук И.И. Взаимодействие международного и внутригосударственного права в условиях глобализации // Журнал российского права. – 2002. – № 3. – С. 117.